



Autore, Titolo, Sottotitolo



Ricerca avanzata ▼

HOME RIVISTE ARGOMENTI AUTORI EDITORI HELP



Fascicoli

2018

1, 2018 (gennaio-aprile)

2017

3, 2017 (settembre-dicembre)

2, 2017 (maggio-agosto)

1, 2017 (gennaio-aprile)

2016

3, 2016 (settembre-dicembre)

3, 2016 (supplemento)

2, 2016 (maggio-agosto)

1, 2016 (gennaio-aprile)

2015

3, 2015 (settembre-dicembre)

2, 2015 (maggio-agosto)

1, 2015 (gennaio-aprile)

2014

3, 2014 (settembre-dicembre)

2, 2014 (maggio-agosto)

1, 2014 (gennaio-aprile)

2013

Diritto pubblico

RDF

Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini

ISSN: 1721-8985	quadrimestrale	DESCRIZIONE »	PRESENTE IN »
Diritto	Società editrice il Mulino	ALTRI DETTAGLI »	

Indice del numero 1, 2015, gennaio-aprile

ISBN: 978-88-15-25543-3 | Annata: XXI | RDF

Saggi

Mario G. Losano

Il parere di Kelsen del 1933 sull'Assemblea Nazionale Costituente del Brasile
pp. 1-10, DOI: 10.1438/80157

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Hans Kelsen

Über die Brasilianische Konstituierende Versammlung. Verordnung vom 7. April 1933 (Sull'Assemblea Nazionale Costituente brasiliana. Decreto del 7 aprile 1933)
pp. 11-20, DOI: 10.1438/80156

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Gustavo Silveira Siqueira

Il parere di Kelsen sulla Costituente brasiliana del 1933-1934
pp. 21-34, DOI: 10.1438/80158

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Cesare Pinelli

Principi, regole, istituti
pp. 35-62, DOI: 10.1438/80159

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Miguel Ángel Presno Linera

Law and disagreement: el 'caso de Cataluña en España'
pp. 63-84, DOI: 10.1438/80160

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Note e commenti

Mario Midiri

La Cedu in Parlamento
pp. 85-104, DOI: 10.1438/80161

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Salvatore Bonfiglio

Sulla rigidità delle Costituzioni. Il dibattito italiano e la prospettiva comparata
pp. 105-126, DOI: 10.1438/80162

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Chiara Cudia

Appunti per un dibattito su Cassazione e pubblica amministrazione
pp. 127-144, DOI: 10.1438/80163

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Enrico Carloni

Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/2015
pp. 145-164, DOI: 10.1438/80164

DETTAGLI

SCARICA

CITA

Charles Vautrot-Schwarz

Actualité du droit administratif français 2014

DETTAGLI

Istituzione autenticata

Università la Sapienza di Roma

Indirizzo Ip
151.100.101.44

Idem



Accedi con Idem

Login

Username

☐ Ricordami su questo computer.Hai perso la [Password?](#)

Login

Registrati

Responsabilità editoriale

Il Mulino adotta e promuove specifiche linee guida in tema di responsabilità editoriale, e segue le [COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors](#).

Gli articoli più scaricati (ultimi 2 mesi)

Aldo Travi, La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Francesco Merloni, Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo.

Natalino Irti, Per una lettura critica di Santi Romano. Note introduttive.

Raffaele Cantone, Enrico Carloni, La prevenzione della corruzione e la sua Autorità.

Marco D'Alberty, Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata.

Sergio Bartole, Ragionando di giudici e legislatori.

Claudio Panzera, Immigrazione e diritti

pp. 165-202, DOI: 10.1438/80165

 SCARICA

 CITA


Giuristi e diritto

Vincenzo Cerulli Irelli

Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)

pp. 203-226, DOI: 10.1438/80166

 DETTAGLI

 SCARICA


 CITA

Stefano Civitarese Matteucci

La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti

pp. 227-268, DOI: 10.1438/80167

 DETTAGLI

 SCARICA


 CITA

Aurelio Gentili

Tre passi nella teoria dell'invalidità

pp. 269-280, DOI: 10.1438/80168

 DETTAGLI

 SCARICA

 CITA


Recensioni

Matteo Cosulich

Alessio Rauti, I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive, Napoli, E.s.i., 2014

pp. 281-294, DOI: 10.1438/80169

 DETTAGLI

 SCARICA


 CITA

Livia Mercati

Matteo Gnes, I privilegi dello Stato debitore, Milano, Giuffrè, 2012

pp. 295-308, DOI: 10.1438/80170

 DETTAGLI

 SCARICA

 CITA

nello Stato regionale.
Spunti di riflessione.

Nicoletta Vettori, Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni.

, Il centenario de 'L'ordinamento giuridico'.

Enrico Carloni, Matteo Falcone, L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy.

[continua...]

Questo sito

[Indice dei contenuti](#)

[Legal notice](#)

[Privacy](#)

[Cookies](#)

[Credits](#)

Assistenza

[Info](#)

[Help](#)

I nostri siti

[Rivisteweb](#)

[Darwinbooks](#)

[Pandoracampus](#)

[Il Mulino](#)

[Carocci](#)

CESARE PINELLI

PRINCÌPI, REGOLE, ISTITUTI

Sommario: 1. Premessa e propositi. – 2. Il dibattito sui principi generali dell'ordinamento. – 3. I principi costituzionali in funzione ordinante. – 4. La distinzione fra diritto per principi e diritto per regole. – 5. Le obiezioni principali. – 6. La funzionalizzazione delle regole all'affermazione dei principi. – 7. La nozione di istituto e i suoi impieghi nel diritto costituzionale. – 8. La coimplicazione fra principi e istituti. – 9. I due volti del costituzionalismo democratico. – 10. Il diritto per principi e la sua necessaria prospettiva diacronica.

1. *Premessa e propositi.* – Che le costituzioni europee del secondo dopoguerra si qualificassero in virtù dei loro principi, risultò pacifico fin dalla loro approvazione. Un dibattito si accese molto più tardi, quando il diritto costituzionale quale diritto per principi venne contrapposto al diritto per regole di fonte legislativa. Si accese per un confluire di ragioni. Le reazioni di quanti preferivano restare nel solco del giuspositivismo tradizionale, le denunce di corrività con una giurisprudenza ritenuta protesa alla casistica, i timori di un ridimensionamento delle istanze democratiche del costituzionalismo a vantaggio del momento delle garanzie giurisdizionali dei diritti. Ragioni che confluivano sì nel dibattito, ma che pure non stavano sullo stesso piano, e che avrebbero perciò meritato di venire distinte più nettamente di quanto sia accaduto⁽¹⁾.

Il dibattito ha poi sofferto di un'inadeguata contestualizzazione. Gli assunti fino ad allora dominanti sono stati confutati senza prestare attenzione a come le nozioni di principio e di regola erano

⁽¹⁾ Anche volendo prescindere, come si farà qui, dagli andamenti della prassi. Non se ne nega la portata costituzionale, a cominciare dal passaggio, nell'arco di mezzo secolo, da una politica superba anche se consapevole e da una giurisdizione deferente, a una politica inconsapevole e a una giurisdizione a tratti invasiva della sfera della prima. Ma nella misura in cui le controversie fra costituzionalisti si presentino come attinenti all'interpretazione del dover essere, sullo stesso piano va esperito il tentativo di contribuire a chiarire i termini del dibattito, e possibilmente a farlo avanzare. Diversamente si trascurerebbe la specifica responsabilità degli studiosi della costituzione, e nello stesso tempo si alimenterebbero illusioni circa la loro capacità di incidere immediatamente sulla prassi.

state impiegate in precedenti controversie, né come lo erano dai teorici del diritto impegnati nella discussione.

Infine, la tesi ha bensì superato lo stadio della pura enunciazione, quando, anziché di contrapposizione, si è parlato di distinzione fra principi e regole, e si è aggiunto che per farsi valere i primi hanno bisogno delle seconde, dalle quali risultano variamente conformati nel loro significato. Ma se non procedesse oltre, la tesi presenterebbe una limitata capacità euristica.

Si richiede allora un doppio movimento. Tornare su dibattiti precedenti, per cercarvi alcune delle premesse e le condizioni di contesto di quello odierno, e andare oltre la disputa preliminare sulla tesi, per verificarne implicazioni e possibili sviluppi.

In proposito si sosterrà l'ipotesi che, per farsi valere, i principi hanno bisogno non solo di regole ma anche di istituti. La nozione, assai risalente e diffusa fra le scienze giuridiche, e in quella civilistica perfino screditata da abusi concettualistici, pare impiegata nel diritto costituzionale in un senso più circoscritto, pur se riferita a tutte le zone principali di sua pertinenza, compresa l'organizzazione dei pubblici poteri. Una volta estesa agli istituti, l'indagine andrà dunque oltre il terreno delle interpretazioni della giurisprudenza, sul quale è nata la distinzione fra principi e regole, e potrà aderire alla trama di un costituzionalismo fondato sulla combinazione fra la tutela dei diritti fondamentali nei confronti del potere politico e la legittimazione democratica di tale potere, e da quella combinazione continuamente alimentato nel corso del tempo.

L'estensione agli istituti renderà certo l'indagine più complessa e problematica: essendo provvisti di tipiche strutture e di un proprio potenziale trasformativo, spesso di lungo periodo, gli istituti richiedono invero modalità di interpretazione altrettanto specifiche anche con riguardo alle loro interazioni coi principi. Ma la maggior complessità e problematicità dell'indagine non potranno che trovare sbocco in una prospettiva diacronica, che è anche la sola su cui

possa imperniarsi il rapporto fra stabilità e mutamento ascrivibile al costituzionalismo.

2. *Il dibattito sui principi generali dell'ordinamento.* – Nello scorso ventennio la distinzione fra principi e regole è stata quasi sempre enunciata e confutata come se i costituzionalisti non l'avessero mai utilizzata. Essa lo era invece da tempo, anche se in contesti problematici diversi. Solo tenendone conto si potrà indicare in che cosa e perché la discussione più recente differisce dalle precedenti.

Una prima fase si ha alla fine del periodo fascista. A Vezio Crisafulli, che definiva i principi generali «come norme-base, dalle quali dipende il modo di essere e la configurazione di settori più o meno ampi dell'ordinamento, perché contengono già in sé, potenzialmente, le norme particolari che concretamente costituiscono quei settori dell'ordinamento»⁽²⁾, Emilio Betti replicava che «come dai principi generali non si possono ricavare a priori, per semplice deduzione, le disposizioni particolari che risolvono problemi pratici e contingenti, così dalle sole disposizioni particolari non è dato ricavare, per induzione, una cognizione adeguata di quei principi, che nella loro generalità superano ogni singola applicazione, e nella loro virtualità indefinita non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni»⁽³⁾; per lui 'principio' designava piuttosto «qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione»⁽⁴⁾.

⁽²⁾ V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, p. 208.

⁽³⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 206.

⁽⁴⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 207.

Se dunque Crisafulli ascriveva piena portata normativa ai principi, e li differenziava solo per una loro «maggiore generalità» dalle norme legislative, Betti parlava dei principi come «idea germinale» o, potremmo dire, principi-inizio, non riducibili al complesso della legislazione per la loro «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico»⁽⁵⁾.

La duplice distanza, sulla natura dei principi e sulla loro portata normativa, parrebbe fin qui riflettere una diversa visione del sistema giuridico, logicamente chiuso e completo, o viceversa aperto al contributo degli interpreti. Solo che in Betti il rifiuto dell'autosufficienza del sistema come complesso di norme, e dell'interpretazione come pura sussunzione dei casi alle norme astratte, conviveva con la convinzione che anche l'interpretazione «integrativa di norme lacunose», anziché una creazione «libera, spontanea e, in questo senso, arbitraria», fosse «subordinata e vincolata così alla totalità del sistema giuridico, quale organica concatenazione di norme, come alle esigenze dell'ambiente sociale e de' rapporti in questione»⁽⁶⁾.

Ad accomunare i due era poi la natura del problema che allora era avvertito con maggior urgenza. Che si optasse per l'autointegrazione o per l'eterointegrazione, la collocazione dei principi nell'ordinamento mirava a colmarne le eventuali lacune. E quando giungerà la soluzione, con l'art. 12 delle Preleggi, né l'uno né l'altro po-

⁽⁵⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 211.

⁽⁶⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 48 s. Che Betti non fosse da meno di Crisafulli nell'avversare l'irruzione di ogni elemento soggettivo nell'interpretazione, lo si vedrà con le accuse ad Ascarelli di voler inserire un apprezzamento soggettivo dell'interprete «nella oggettività che gli sta di fronte irremovibile» (E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* (1959), in *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 535, su cui C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto tra interpretazione storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, vol. III, Roma, Aracne, 2010, pp. 71 ss., ma senza considerare quanto si dirà al § 3), e con la critica alla teoria della precomprensione di Gadamer (E. BETTI, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, XVI, 1962, p. 14, su cui L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer* (1978), in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 67).

trà trarne motivo di soddisfazione. A differenza di chi, rimasto appartato da controversie scientifiche, annoverava nel frattempo fra «i principii generali o fondamentali» quelli «impliciti nella stessa esistenza dello Stato, nella sua struttura e nei suoi atteggiamenti concreti», distinguendoli dai principi desunti in via analogica⁽⁷⁾. Una coincidenza perfetta con la sostituzione dei «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» ai «principi generali di diritto» delle Preleggi del 1865, che poteva apparire il trionfo del positivismo di matrice statualistica, proprio al termine del Regno d'Italia.

3. *I principi costituzionali in funzione ordinante.* – A modificare radicalmente, anche se non ancora a rovesciare, i termini della questione avrebbero provveduto l'entrata in vigore della Costituzione, con la collocazione dei principi al vertice dell'ordinamento, e ancor più la prima sentenza della Corte costituzionale, con l'ascrizione ad essi di piena efficacia normativa.

La nuova combinazione porterà ben presto Esposito a ritenere «pacifico» che il diritto costituzionale consistesse di «disposizioni specifiche» e di «principi giuridici sostantivi o materiali» destinati «a qualificare l'ordinamento nel suo insieme»⁽⁸⁾. Principi e regole erano dunque già allora ritenute componenti necessarie del diritto costituzionale. Ma più che sul piano strutturale, la differenza tra le due veniva colta nella funzione ordinante ascritta alla prima, nella convinzione a lungo ribadita che, rispetto ai canoni previsti dalle preleggi, il compito di «rilanciare in termini definitivi il momento sistematico» spettasse ai principi costituzionali in forza della loro superiorità gerarchica, con la conseguenza che «la coerenza dell'ordinamento dev'essere ormai cercata sul piano costituzionale»⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, p. 134.

⁽⁸⁾ C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir.cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 473.

⁽⁹⁾ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 109 s.

Più che a colmare lacune di un sistema altrimenti reputato completo, i principi servivano ora a garantirne la coerenza. La prospettiva normativistica era immutata, poiché l'attribuzione alla Costituzione della funzione ordinante già assegnata alla legge conseguiva all'esigenza, tutt'altro che scontata nella prima fase repubblicana, di dimostrare che la Costituzione fosse provvista non meno della legislazione di efficacia normativa: vi si era impegnato con successo Crisafulli, che Betti aveva definito uno «spirito conservatore»⁽¹⁰⁾.

In ogni caso i «giuristi del legalismo positivo» sanno bene che i principi costituzionali, oltre che in presenza di lacune, «operano sempre, anche in presenza di regole, o come criterio della loro validità o, fin dove è possibile, quali forze strutturali dell'ordinamento, attraverso l'orientamento del loro significato, per mezzo di quella che si denomina 'interpretazione adeguatrice della Costituzione'»⁽¹¹⁾.

Un'oscillazione fra la versione di principi-regole generali ricavati da un processo di progressiva astrazione, e quella di principi-inizio di percorsi interpretativi imprevedibili, si comincia a porre quando si afferma che «Il diritto costituzionale è il regno dei principi, per la banale ragione che una dichiarazione la quale pretende di governare l'intero ordinamento deve divenire astratta a tal punto da poter essere racchiusa in poche frasi che reggono innumerevoli altre frasi», salvo ad aggiungere che «i principi costituzionali, anche quando vengono definiti da qualcuno, sono inevitabilmente inizi di percorsi argomentativi, che diventano più specifici, e quindi trovano una diversa formulazione (vengono appunto interpretati), in relazione alla domanda a cui bisogna o si vuole rispondere», domanda «che ha senso, e può essere delimitata col massimo di precisione

⁽¹⁰⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 207.

⁽¹¹⁾ G. ZAGREBELSKY, *Problemi del diritto per principi* (2003), in ID., *Intorno alla legge*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 107.

di cui si è capaci, se si riesce a collocarla nel contesto sociale»⁽¹²⁾. Mentre la pretesa ascritta al diritto costituzionale di «governare l'intero ordinamento» riflette un prestito di razionalità sinottica, l'idea che i principi costituzionali contino quali «inizi di percorsi argomentativi» condensa il senso del passaggio a un altro orizzonte epistemologico, segnato dalla logica del probabile⁽¹³⁾.

4. *La distinzione fra diritto per principi e diritto per regole.* – Tale passaggio si realizza allorché, pur continuandosi ad assegnare ai principi un ruolo costitutivo dell'ordine giuridico, si afferma che essi comportano un 'prendere posizione' di fronte alla realtà, sono norme prive di fattispecie che non conducono a un *aut-aut* ma a un bilanciamento, mentre nelle regole la realtà prende forma solo in quanto fattispecie che comporta una sussunzione e un *aut-aut*; e «le norme legislative sono prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente principi»⁽¹⁴⁾.

A differenza che nel passato, la distinzione non è solo di ordine funzionale. I due tipi di norme differirebbero anche per struttura – l'assenza o la presenza necessaria di fattispecie –, e prima ancora per la considerazione dei principi costituzionali quali principi morali del diritto naturale incorporati nel diritto positivo, con un distacco dall'«universo chiuso delle regole giuridiche»⁽¹⁵⁾. Più precisamente, «La vecchia controversia se i principi sono o non sono norme si supera oggi distinguendo da una parte i principi dai valori e dall'altra i principi dalle regole [...]. Mentre i valori fungono da giustificazione esterna dell'ordinamento (inteso come insieme di

⁽¹²⁾ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 29.

⁽¹³⁾ Sul punto si può vedere C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, Jovene, 2004, pp. 1676 ss.

⁽¹⁴⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 148 ss.

⁽¹⁵⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

pubblici poteri e norme), i principi svolgono [...] una funzione interna, di giustificazione, di impulso e di delimitazione»⁽¹⁶⁾. Conseguentemente, gli organi statali possono bilanciare solo principi, risalendo ai valori «solo per acquistare migliore consapevolezza del contenuto attuale dei principi stessi nella perenne opera di adeguamento del diritto alla realtà sociale»⁽¹⁷⁾. La distinzione ‘forte’ fra principi e regole, che rinviene nei primi una componente valutativa e, in stretta correlazione, la mancata preordinazione di fattispecie e una «disponibilità ad abbracciarne sempre di nuove», è stata per questo verso accostata alla tesi bettiana della «eccedenza di contenuto assiologico e deontologico»⁽¹⁸⁾. Si potrebbe parlare allora di una rivincita di Betti, o di una rivincita di Crisafulli nella fase precedente? Una rivincita presuppone che si possa aver ragione al di là della storia, e del diritto con cui ci si trovi ad operare. Proprio a partire dalle elaborazioni di quegli autori sui principi è stato possibile mostrare, al contrario, come le condizioni storiche e giuridiche di una certa fase dell’esperienza, se in parte strutturano i contesti discorsivi, in parte si intersecano con itinerari di pensiero anche precedenti: in modi e per aspetti da ricostruire ogni volta.

5. *Le obiezioni principali.* – Ai fautori della distinzione forte si è in primo luogo obiettato che i principi indicano soltanto ragioni per spingere in una certa direzione, mentre la loro utilizzazione mette pur sempre capo ad una regola fondata su un *aut-aut*⁽¹⁹⁾. Ma

⁽¹⁶⁾ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma Bari, Laterza, 2009, pp. 38.

⁽¹⁷⁾ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., p. 39, che riflette una evoluzione di pensiero rispetto al precedente G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasformazione di un concetto* (1996), in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 69 ss., dove il richiamo ai valori assorbe la considerazione del ruolo specifico dei principi.

⁽¹⁸⁾ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* (2002), in ID., *Intorno alla legge*, cit., p. 98. Anche se va ricordato, e non è certo poco, il rifiuto bettiano di ogni componente soggettiva nell’interpretazione.

⁽¹⁹⁾ O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Roma, FrancoAngeli, 2014, p. 298.

il rilievo non pare predicabile in astratto, e in senso contrario basterà addurre l'applicazione diretta del principio di giusta retribuzione del lavoratore *ex art. 36 Cost.*, non riducibile a un *aut-aut* e al contempo ritenuto suscettibile di superare le condizioni, traducibili in regole, fissate inderogabilmente dall'*art. 39* per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi stipulati dai sindacati di categoria.

Si è ancora obiettato che lo stacco fra testo e significati normativi ricorre in qualsiasi settore dell'ordinamento, risultando solo più visibile e controverso nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali⁽²⁰⁾. Fra principi e regole non vi sarebbe differenza qualitativa ma solo quantitativa⁽²¹⁾: rispetto alle regole i principi sarebbero caratterizzati da maggiore genericità, maggiore 'peso', maggiore suscettibilità di sopportare eccezioni implicite, né li si potrebbero ritenere norme prive di fattispecie e dunque di effetti giuridici, poiché il fatto che una norma dia luogo a più possibili conseguenze non equivale a dire che non indichi alcuna conseguenza⁽²²⁾.

Ma quando si parla dei principi come norme senza fattispecie, non si intende dire affatto che sono senza conseguenze. Queste sono anzi cospicue, solo che non si lasciano assimilare agli effetti giuridici di cui si parla in riferimento alla tradizionale strutturazione condizionale della norma provvista di fattispecie. Se non riusciamo a immaginare, per esempio, una regola assimilabile anche lontanamente ai principi di libertà e di eguaglianza di cui all'*art. 3 cpv. Cost.*, in termini di orientamento, valutazione e presa di posizione sulla realtà sociale, è perché i principi si distinguono dalle regole intrinsecamente per valutatività e solo eventualmente per genericità. Per cui la maggiore latitudine interpretativa ad essi ascritta da un

⁽²⁰⁾ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., p. 273.

⁽²¹⁾ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 743, e G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 52 ss.

⁽²²⁾ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 55.

lato non può dirsi solo frutto di necessità pratica, dall'altro è la condizione per far entrare i principi in circuiti interpretativi che li collegano ad altri, nonché come vedremo a regole e ad istituti.

Ci si riferisce in primo luogo ai bilanciamenti, che i fautori della distinzione debole ritengono metafora non traducibile in «un concetto tecnico-giuridico»⁽²³⁾, oppure ne relativizzano la portata con l'argomento che «anche le disposizioni costituzionali che incorporano termini valutativi comportano sillogismi e sussunzioni»⁽²⁴⁾.

Le metafore del bilanciamento e del peso si traducono in un raffronto fra principi costituzionali invocabili nel caso come punti di riferimento della sua soluzione e nel caso reciprocamente confliggenti, raffronto che si impernia su un giudizio di prevalenza dell'uno sull'altro. Se ci spostiamo in quella sorta di tempio della dogmatica quale è stato a lungo ritenuto il sistema delle fonti, la locuzione 'fonte del diritto' non designa forse essa stessa una metafora, per giunta contestata per una molteplicità di significati che impedirebbe di «definire univocamente il fenomeno giuridico in esame»⁽²⁵⁾? Anche le operazioni di risoluzione delle antinomie fra norme prodotte da fonti diverse che disciplinino la medesima fattispecie possono essere precedute da un complesso lavoro interpretativo di individuazione delle fonti. Infine, l'obiezione che, a differenza dei bilanciamenti fra principi, i raffronti imperniati su un giudizio di prevalenza di una fonte sull'altra si basano su criteri logicamente predeterminati diventa meno decisiva, ove si consideri che tali criteri non sempre si ritengono ascritti al medesimo universo logico-giuridico⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico?*, cit., p. 741.

⁽²⁴⁾ O. CHessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 289.

⁽²⁵⁾ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1975, p. 264.

⁽²⁶⁾ V. per tutti F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 174 ss., che qualifica come «logico-teoretici» i criteri cronologico e di specialità, e come «storico-positivi» i criteri di gerarchia e di competenza.

Quanto all'argomento che le sussunzioni non sono estranee ai principi, occorre invece distinguere. Per escludere che una qualificazione come delitto del comportamento di chi gridi «al fuoco!» in una sala affollata e priva di uscite di sicurezza sia incostituzionale per violazione della libertà di manifestazione del pensiero, basterebbe, si sostiene, il ricorso all'interpretazione sistematica del testo⁽²⁷⁾. Qui, più che con un bilanciamento, si ha a che fare con un limite alla libertà di manifestazione del pensiero, come ricostruito da opinioni scientifiche sufficientemente condivise.

Si aggiunge che quando i casi portano alla luce interpretazioni rivali dello stesso art. 21 Cost., come quelle che vi scorgono la protezione, rispettivamente, del cittadino nel processo decisionale democratico o dell'individuo a tutto campo, in veste di cittadino e di privato che attende ai propri affari, saremmo in presenza di «argomenti diversi di moralità politica»⁽²⁸⁾. Nell'esempio addotto⁽²⁹⁾, potrebbero però i giudici cavarsela cercando di far valere l'argomento morale in cui più si riconoscono? E rimane indimostrato, ove un altro principio costituzionale entrasse nella specie in conflitto con quello dell'art. 21, come i giudici potrebbero evitare di procedere a un reciproco bilanciamento, necessario naturalmente per risolvere quel caso e dunque reversibile⁽³⁰⁾.

La tesi della distinzione debole consente bensì di mostrare che l'interpretazione costituzionale non passa sempre e necessariamente per la via dei bilanciamenti; ma allorché la esclude in ogni ipotesi, finisce col negare lo spazio specifico dei principi costituzionali, riducendoli ora a regole ora ad argomenti di moralità politica.

⁽²⁷⁾ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., p. 326.

⁽²⁸⁾ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., p. 293.

⁽²⁹⁾ Che a dire il vero evoca, prima di tutto, uno dei capitoli più densi della riflessione dei costituzionalisti italiani, da Carlo Esposito a Paolo Barile.

⁽³⁰⁾ V. già Corte cost., n. 149/1992: «Caratteristica dei valori (o principi) costituzionali soggetti a bilanciamento è la non predeterminabilità in assoluto, una volta per tutte, dei loro rapporti reciproci di sovra o sottordinazione».

Tantomeno appare condivisibile il tentativo di leggere dietro ai sostegni teorici ai bilanciamenti un'adesione al non cognitivismo etico di Weber e Kelsen, che confonderebbe «l'idea di verità morale obiettiva» con «la volontà soggettiva di potenza»⁽³¹⁾. Si salta così un passaggio cruciale. È come se i bilanciamenti non fossero frutto di molteplici esperienze giurisprudenziali, che vi hanno cercato lo strumento per soppesare e comporre i principi dello Stato costituzionale, dei quali l'esperienza intercorsa aveva confermato la potenziale conflittualità, ma anche la non irriducibile incompatibilità.

Si può dire piuttosto che la teoria abbia razionalizzato la vicenda⁽³²⁾, che ha segnato un mutamento di orizzonte rispetto all'epoca in cui il non cognitivismo etico poteva considerarsi l'antidoto alla tirannia dei valori: a scontri costituzionali senza scampo fra opposte concezioni del mondo⁽³³⁾. Se ne avverte l'eco in una motivazione stesa dall'illustre costituzionalista cui lo scritto è dedicato: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85/2013).

⁽³¹⁾ O. CHessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 319.

⁽³²⁾ Mi riferisco ovviamente ai giuristi europeo-continentali, non a Dworkin, il quale, partito da una confutazione della teoria hartiana, è sempre rimasto su un terreno quasi esclusivamente filosofico o comunque teorico, al di là della fortuna del suo pensiero in una certa fase del costituzionalismo statunitense. Chessa ne mostra giustamente la diversa impostazione rispetto a quelle di Zagrebelsky e di Alexy, ma non sotto il profilo del rapporto fra teoria e giurisprudenza.

⁽³³⁾ Né può prescindere dall'esperienza storica l'affermazione che l'adesione al non cognitivismo etico confonderebbe l'idea di verità morale obiettiva con la volontà soggettiva di potenza: la quale richiederebbe una previa – ma francamente proibitiva – dimostrazione che l'adesione al cognitivismo etico non abbia avuto storicamente nulla a che vedere con la volontà soggettiva di potenza.

6. *La funzionalizzazione delle regole all'affermazione dei principi.*

– Se la distinzione debole non è una distinzione, nella misura in cui finisce con l'appiattare i principi sulle regole⁽³⁴⁾, quella forte va distinta dalla secca contrapposizione degli uni alle altre. A parte il rischio di legittimare qualsiasi operazione interpretativa compiuta dalle Corti costituzionali, che apre il capitolo del rapporto fra teoria e giurisprudenza⁽³⁵⁾, la tendenza a differenziare la costante apertura al possibile implicata dalla strutturazione dei principi costituzionali da «l'universo chiuso delle regole giuridiche», che sarebbe proprio della legislazione, suggerisce un'opposizione ontologica dei principi alle regole, proiettando sullo stesso strumento del legiferare una sorta di condanna che casomai potrebbe investire certi interpreti, essi sì chiusi nell'universo delle regole giuridiche. Viene così pregiudicata la ricerca del significato che le regole, a partire dalle regole costituzionali, acquistano sul piano del dover essere costituzionale attraverso il loro rapporto con i principi.

Appare poi controvertibile che la 'concretizzazione' dei principi possa avvenire o in astratto e per l'avvenire attraverso regole, o in concreto e per il passato attraverso la decisione del giudice chiamato a pronunciarsi su un caso in cui sia coinvolto un principio⁽³⁶⁾. Oltre a distinguersi così troppo rigidamente gli operati del legislatore e del giudice sul piano diacronico⁽³⁷⁾, si dimentica l'ipotesi, tutt'altro che infrequente, di applicazione giurisdizionale di una regola legislativa che a sua volta abbia attuato un principio costituzionale. La notazione è banale, tanto da ingenerare il dubbio

⁽³⁴⁾ Così anche G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 39.

⁽³⁵⁾ Per alcuni sviluppi sul tema C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 1670 ss.

⁽³⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., pp. 97 s.

⁽³⁷⁾ La distinzione, che evoca quella di G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 47 ss., fra l'uomo del passato (il giudice), del presente (l'amministratore) e del futuro (il legislatore), è invero passibile di non poche eccezioni. Basti pensare per un verso alle leggi di interpretazione autentica e per l'altro alle sentenze additive.

che lo schema proposto finisca col circoscrivere il più possibile i contatti dei principi con le regole. Come darne invece conto, mantenendo le buone ragioni della distinzione forte?

L'ipotesi che, a differenza dei valori, i principi costituzionali non possano contare sulla capacità persuasiva per affermarsi, e abbiano bisogno allo scopo di regole, se per un verso conferma che l'orizzonte di senso del diritto costituzionale è fornito da suoi principi, per l'altro comporta un'attribuzione alle regole di una funzione cruciale, per l'attuazione come per l'applicazione dei principi, con variabili ma certe conseguenze sulla loro interpretazione. Allo scopo sovengono varie strategie argomentative.

Si osserva anzitutto che i principi possono considerarsi 'precetti di ottimizzazione' o di realizzazione di qualcosa, grazie a specifiche regole di diritto e compatibilmente con certe condizioni giuridiche e di fatto⁽³⁸⁾. In questa prospettiva, la considerazione che «i cataloghi dei diritti fondamentali, nella misura in cui effettuano assegnazioni definitive, possiedono la struttura di regole» non contrasta affatto con la teoria dei principi, per la quale «il punto decisivo è che dietro e accanto alle regole vi sono dei principi. L'opposto della teoria dei principi non è dunque una teoria secondo cui i cataloghi dei diritti fondamentali contengano anche regole, bensì una teoria che affermi che i cataloghi dei diritti fondamentali consistano solo e soltanto di regole»⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., p. 38, con richiamo a R. ALEXYY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. 73.

⁽³⁹⁾ R. ALEXYY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE - A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 38. Secondo A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, vol. I, Napoli, ESI, 2007, p. 400, (34), la considerazione dei principi come 'precetti di ottimizzazione', presupponendo un universo finalistico e la concezione della norma giuridica come prescrizione, sarebbe «logicamente compatibile soltanto con un ordinamento normativo *rule-oriented* e con una concezione del 'diritto' limitata alla coazione (= *hard law*)». Il brano riportato nel testo non sembra però confermare questa lettura, senza contare la tendenza di Alexy a negare, secondo il postulato giusnaturalistico, la stessa qualificazione giuridica di norme della DDR molto diverse da genocidi o altri delitti intollerabili, quali quelle in tema di espatrio clandestino e di uso delle ar-

Questa strumentalità può essere ulteriormente dimostrata dalle riserve rinforzate di legge, con le quali la Costituzione non ha operato un mero passaggio dal Parlamento alla Corte della definizione del 'giusto' limite alla libertà, ma ha precostituito il limite stesso, in modo da vincolare la maggioranza parlamentare per una via diversa da quella del riscontro giudiziario⁽⁴⁰⁾. In tanto le regole costituzionali in cui si concretizzano le riserve rinforzate sono rese indisponibili dal legislatore ordinario, in quanto sono assistite dalla presunzione costituzionale che, diversamente, sarebbero a repentaglio i diritti fondamentali ed i principi che li esprimono. Nel caso delle riserve di legge ordinaria tali regole mancano perché manca una tale presunzione, e può venire precostituito uno spazio vitale per la democrazia procedurale e quindi per le ragioni della politica. Ma senza recidere così ogni nesso di strumentalità delle riserve di legge alle finalità enunciate dal testo. Ciò che cambia sono i termini dell'equilibrio fra stabilità e mutamento, e della corrispondente distribuzione in senso diacronico delle aspettative da attribuire al testo⁽⁴¹⁾.

Infine, per altri la contrapposizione fra principi e regole rifletterebbe un'assimilazione del costituzionalismo contemporaneo al giusnaturalismo, che a rigore dovrebbe portare a concludere che le costituzioni consistano in dichiarazioni dei diritti, eventualmente provviste di rinvio in bianco a leggi ordinarie per la loro disciplina, come nelle costituzioni del XIX secolo, laddove invece esse oggi «formulano un 'sistema', vale a dire un complesso di valori e di principi, messi in relazione reciproca fra loro in modo che a certi 'diritti' siano contrapposti determinati 'interessi pubblici', a certe opzioni di valore (ad es. libertà individuali) corrispondano determi-

mi (cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 302).

⁽⁴⁰⁾ Così G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 278, e P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 9.

⁽⁴¹⁾ C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale*, cit., pp. 1681 ss.

nati principi istituzionali (ad es. divisione dei poteri, decentramento politico, parlamentarismo), a certe strutture organizzative (ad es. giudici) siano collegate funzioni dotate di caratteri del tutto peculiari (ad es. giurisdizione), e così via»⁽⁴²⁾.

7. *La nozione di istituto e i suoi impieghi nel diritto costituzionale.* – L'opinione ora riportata non si limita a sostenere la strumentalità delle regole ai principi. Fra questi, annovera pure i principi concernenti l'organizzazione costituzionale, e li correla altresì a strutture e a funzioni che non si lasciano ridurre a regole. Si intravede già qui l'ipotesi che i principi abbiano bisogno anche di istituti.

Si è accennato alla funzione assolta in tal senso dalle riserve di legge. Ma lo stesso termine fu impiegato dalla Corte in un'occasione cruciale, parlando del «nuovo istituto della 'illegittimità costituzionale'» (sent. n. 1/1956), e accompagna costantemente le nozioni, fra le tante, di abrogazione, di annullamento, di disapplicazione, o, nel campo dell'organizzazione, di divieto di mandato imperativo, di controfirma, di scioglimento delle camere. Quando l'impiego di un termine è così costante, vuol dire che non se ne può fare a meno. Nello stesso tempo, però, l'uso corrente di 'istituto' insiste su un'area semantica troppo vasta, e variabile a seconda delle scienze giuridiche, per non richiedere qualche delimitazione stipulativa utile per il diritto costituzionale.

'Istituto' è una vecchia conoscenza della dogmatica, anzitutto del diritto civile. Savigny riprese da Stahl l'idea che ogni rapporto giuridico fosse «dominato» da un corrispondente istituto giuridico, in una sorta di struttura a gradi del diritto: nel grado inferiore vi era la massa delle massime giuridiche positive, l'insieme dei precetti e dei divieti, e in quello superiore stavano gli istituti giuridici, ognuno dei quali costituiva il centro e l'unità di una quantità determinata di

⁽⁴²⁾ A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione*, cit., p. 377.

massime giuridiche che nel loro complesso costituivano il sistema. Corrispondentemente l'attività del legislatore, che ricavava dall'istituto la regola astratta, si distingueva da quella del giurista, che la interpretava traendone una massima giuridica che riconduceva all'istituto. Si trattava di una sussunzione, ma non logica, proprio perché la relazione del caso litigioso con l'istituto era una relazione vitale: il caso doveva commisurarsi alla forza latente negli istituti e agli effetti che aveva prodotto⁽⁴³⁾.

Questo motivo del pensiero di Savigny, che inseriva nell'attività interpretativa un momento di formazione del diritto, sarà lasciato cadere dalla pandettistica, la quale perseguiva l'ideale di un sistema chiuso⁽⁴⁴⁾. E dalla pandettistica Gerber mutuerà l'idea che le situazioni giuridiche soggettive non restano isolate e giustapposte l'una all'altra, ma vengono riunite in istituti giuridici a seconda delle loro affinità, come rami degli stessi tronchi⁽⁴⁵⁾. Il diritto privato penetrava nel diritto pubblico «ora prestandogli le proprie figure per costruire i suoi elementi, ora lasciandogli usare i suoi rapporti giuridici sostanziali per allacciare ad essi facoltà ed obblighi giuridici, ora infine apportando al diritto pubblico, entro i limiti del proprio peculiare carattere, il necessario sostegno e complemento»⁽⁴⁶⁾.

Eppure solo nel diritto privato la figura dell'istituto avrebbe continuato a pervadere a lungo le costruzioni scientifiche. La sua stessa struttura si riterrà «costituita da un complesso di istituti distinti tra loro, che naturalmente hanno relazioni varie, e insomma presentano tessuti connettivi»⁽⁴⁷⁾, con ascrizione al giurista del

⁽⁴³⁾ W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Milano, Giuffrè, 1958, p. 69.

⁽⁴⁴⁾ F. MODUGNO, *Sistema giuridico* (1993), in L. MENGONI - F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 8.

⁽⁴⁵⁾ W. WILHELM, *Metodologia*, cit., p. 112.

⁽⁴⁶⁾ C.F. GERBER, *Diritto pubblico* (1852), Milano, Giuffrè, 1971, pp. 37 s.

⁽⁴⁷⁾ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 738.

compito «necessario» di tracciarne le linee sulla base del dato positivo, ossia di identificare «l'idea del legislatore intorno ai vari istituti»⁽⁴⁸⁾. Oppure la nozione di istituto sarà inserita in una serie ordinata di sequenze che così collegano le regole ai principi: «da quelli minimi (internormativi) che convogliano sotto l'*eadem ratio* due o più norme singolarmente individuate, ai principi medi (o polinormativi) che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse – come possono essere gli istituti e i complessi istituzionali o materie –, fino ai principi massimi (od onninormativi) che abbracciano l'intero mondo del diritto positivo»⁽⁴⁹⁾. Per chi invece registra la crisi dello schema della sussunzione, da ritenersi vincolante solo sulla base della verità di premesse che la logica non è in grado di controllare, e nello stesso tempo assume l'insufficienza della topica a comprendere il significato dei testi normativi, la dogmatica assume la più modesta funzione di stabilizzare il significato più conveniente alla soluzione del caso in vista dell'applicazione a casi futuri⁽⁵⁰⁾. E tuttavia, anche in questa pur decisiva correzione di rotta, nell'interagire col pensiero problematico, il pensiero sistematico rimane legato alla possibilità di costruire concetti universali⁽⁵¹⁾.

Nel diritto pubblico, e segnatamente nel diritto costituzionale, la nozione di istituto avrà impieghi più pragmatici, anzitutto perché la giurisprudenza dei concetti condiziona solo fino a un certo momento i ricorsi ad essa, in virtù di itinerari scientifici ed esperienze costituzionali che prendono una duplice direzione, a seconda che si tratti di diritti fondamentali o di dispositivi organizzativi.

⁽⁴⁸⁾ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici* (1941), in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 157.

⁽⁴⁹⁾ A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, Accademia Nazionale dei Lincei, *Convegno sul tema: I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 gennaio 1991), Roma, 1992, pp. 23 s.

⁽⁵⁰⁾ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), in ID., *Diritto e valori*, cit., pp. 26 ss.

⁽⁵¹⁾ L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 55.

Se ancora nella letteratura weimariana il dibattito sulle garanzie di istituto tradiva intenti politici di conservazione, riferendosi «ad istituti, complessi ordinamentali, sfere di autonomia collettiva o di autoamministrazione (dalla famiglia alla proprietà, al diritto successorio, alle confessioni religiose, agli ordini professionali, alle istituzioni culturali e scolastiche, ai comuni), così saldamente radicati nella storia e nella cultura che la tradizione stessa avrebbe imposto di assicurarne la protezione a livello costituzionale»⁽⁵²⁾, Peter Häberle avrebbe visto negli stessi istituti complessi normativi, spesso recepiti dalla Costituzione, attraverso i quali «i diritti fondamentali diventano qualcosa di istituzionale-oggettivo, qualcosa di organizzato», e che «sarebbero snaturati se si cercasse di costringerli nello schema incolore e unilaterale di una relazione Stato-individuo»⁽⁵³⁾. La consapevolezza del potenziale trasformativo insito nella correlazione costituzionale degli istituti coi diritti fondamentali superava così la concezione atomistica presupposta dall'idea di libertà dallo Stato, in vista di una visione relazionale dove «le sfere di vita oggetto dei diritti fondamentali sono attuate dall'operare personale e creativo del titolare»⁽⁵⁴⁾.

Uno sviluppo in parte simile si avrà da noi, con l'invito a superare la concezione meramente negativa delle libertà a favore della loro integrazione in un complesso di garanzie istituzionali, e a passare dal richiamo generico alle condizioni delle libere istituzioni a «una più concreta individuazione di spazi per puntuali istituzioni di libertà»⁽⁵⁵⁾. Il ricorso alla figura presenta anche qui una valenza

⁽⁵²⁾ P. RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., p. 11.

⁽⁵³⁾ P. HAEERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), Roma, Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 133.

⁽⁵⁴⁾ P. HAEERLE, *Le libertà fondamentali*, cit., pp. 143 e 137, dove nega una contraddizione fra senso istituzionale dei diritti fondamentali e riconoscimento di una funzione della libertà individuale, nella misura in cui questa non è scelta arbitraria ma libertà che si afferma nel vincolo e nella responsabilità.

⁽⁵⁵⁾ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Principi fondamentali. Art. 1-12*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Bologna-Roma, Zanichelli Foro italiano, 1975, p. 72.

di apertura alla realtà, opposta al rinserrare la conoscenza giuridica nel concettualismo, come mostrano gli esempi della connessione della libertà di manifestazione del pensiero al potere dell'informazione, e della libertà religiosa al regime civile e tributario degli enti religiosi e del trattamento riservato al culto⁽⁵⁶⁾. D'altra parte, lo stesso «fondamento» di una formazione sociale quale la famiglia «sul matrimonio», come gli istituti della proprietà privata o dello sciopero, si sono prestati nel corso del tempo a una pluralità di esiti interpretativi, in base all'evoluzione dei rapporti intersoggettivi e sociali, e attraverso differenti bilanciamenti fra i principi di volta in volta in gioco.

Sul terreno organizzativo la vicenda è stata diversa. Una quantità di istituti nati nello Stato liberale oligarchico in vista di determinati obiettivi tras migreranno nello Stato liberaldemocratico e poi nello Stato costituzionale per assolvervi funzioni diverse. La riserva di legge, che era stata prevista in funzione di garanzia di determinati diritti di libertà nei confronti degli abusi di un esecutivo a conduzione monarchica, rimane e trova ulteriori conferme e rafforzamenti nel parlamentarismo, in vista della tutela delle minoranze e della pubblicità dei procedimenti deliberativi. Il divieto di mandato imperativo, che proteggeva i parlamentari dal rischio di venire revocati dagli elettori del collegio, in regime democratico li tutela da espulsioni stabilite dai partiti nelle cui liste sono stati eletti. Le prerogative di insindacabilità e di inviolabilità, originariamente previste a tutela della funzione dei rappresentanti nei confronti del sovrano, ora tutela la stessa funzione da possibili abusi del potere giudiziario.

Ancora, per quanto concerne la forma di governo, all'epoca della monarchia costituzionale la nomina del Primo ministro serviva a individuare il primo collaboratore del sovrano all'interno del *cabinet*, la controfirma serviva a limitare il potere assoluto del so-

⁽⁵⁶⁾ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 74.

vano nella formazione degli atti a lui imputati, e lo scioglimento serviva a piegare un'assemblea parlamentare riottosa ai voleri del sovrano. Una volta radicato il sistema parlamentare, la nomina del Primo ministro corrisponde alla scelta della persona in grado di coagulare il consenso della maggioranza parlamentare, la controfirma consente di imputare ai ministri controfirmanti la responsabilità politica degli atti del Capo dello Stato, lo scioglimento dell'assemblea mira principalmente a ricostituire la possibilità di una maggioranza e quindi di un governo, che deve manifestamente difettare in quella sciolta. Le stesse trasformazioni del Parlamento nel passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse si potranno descrivere con l'aiuto di una metafora esemplare: «Nel periodo dell'Impero romano quegli edifici detti basiliche servivano a raccogliere persone, per scopi commerciali: gli stessi edifici furono ripresi dai cristiani, per scopi di culto. Strutturalmente erano la stessa cosa, ma funzionalmente ciò che avevano in comune era solo il poter raccogliere entro sé molte persone»⁽⁵⁷⁾.

8. *La coimplicazione fra principi e istituti.* – Gli esempi addotti consentono di considerare gli istituti quali complessi di regole, congegni organizzativi e prassi facenti capo a una nozione accreditata in sede scientifica, e accolta espressamente o desumibile dalle costituzioni. Gli istituti non sono dunque strutturalmente riducibili a una o più regole, e la loro efficacia normativa può dirsi solo in ultima istanza analoga a quella delle regole; né possono confondersi coi principi, in quanto privi di sostrato valoriale, e viceversa dotati di un'efficacia normativa più immediata di quella di solito ascrivibile ai principi. Infine, gli istituti si differenziano tanto dalle regole quanto dai principi per una strutturazione interna più complessa e per l'assolvere a una determinata funzione, che come si è visto può

⁽⁵⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Prefazione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare* (1950), ora in ID., *Scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 310.

cambiare nel corso del tempo per eterogenesi dei fini⁽⁵⁸⁾: caratteristica che non ricorre nelle regole, aventi struttura elementare e dominate dalla contingenza, né nei principi, che potranno essere interpretati diversamente nelle varie fasi di un'esperienza costituzionale, ma mai fino al punto da perdere il contatto coi fini incorporati nei rispettivi valori di riferimento⁽⁵⁹⁾.

Gli istituti sono figure della *longue durée* anche nel diritto costituzionale. Alcuni, dalla giustizia costituzionale alla revisione costituzionale al referendum, sono stati introdotti dalla Costituzione e in combinazione coi principi definiscono la fisionomia strutturale dello Stato costituzionale. Ma molti altri somigliano a materiali di riporto di epoche precedenti, che a contatto coi principi sono stati riutilizzati in funzione di concretizzazione di questi: si pensi alla riserva di legge in riferimento al principio democratico, o all'annullamento, istituto già sperimentato nel diritto pubblico ed esteso a leggi ed atti equiparati in vista della generalizzazione del principio di legittimità degli atti dei pubblici poteri.

È perciò vano ricercarne l'essenza, o una loro invariabile natura giuridica. Che un gran numero di istituti sia andato soggetto ad eterogenesi dei fini sotto la spinta dei principi, che altri, di solito connessi alla garanzia di diritti fondamentali, siano usciti trasformati dalle interpretazioni che ne sono state fornite alla luce dei principi, per non dire di quelli introdotti per la prima volta in Costituzione, mostra nel modo più concreto il congedo del diritto per principi da una dogmatica dello *Staatsrecht* la quale si reggeva su istituti-concetti più ancora che su regole.

L'apporto degli istituti nuovi o rinnovati al diritto per principi passa attraverso una duplice azione, di regolazione e di stabilizzazione delle aspettative. Da questo punto di vista, gli istituti possono consistere in congegni di collegamento fra principi e regole in

⁽⁵⁸⁾ W. WUNDT, *System der Philosophie*, Leipzig, Engelmann, 1897, p. 328.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 177.

sede di attuazione costituzionale (riserve di legge) come di applicazione della Costituzione (annullamento di disposizioni di legge incostituzionali); possono consolidare i comportamenti a base consuetudinaria o convenzionale nell'ambito dell'organizzazione costituzionale (istituti della forma di governo); possono differenziare fin dal loro avvio, strutturandoli conseguentemente, i procedimenti di deliberazione politica (iniziativa legislativa) da quelli giurisdizionali ('principio' della domanda).

Si potrebbe proseguire, ma l'esemplificazione basta a mostrare come, per quanto siano anch'essi resi strumentali all'affermazione dei principi e incidano sulla loro interpretazione, gli istituti si correlino ai principi con modalità ben più complesse e con effetti più profondi e duraturi delle regole. La regolazione e la stabilizzazione delle aspettative richiedono infatti una previa conformazione del fine degli istituti ai principi, che non ricorre nel caso delle regole, e presentano di converso uno spessore interpretativo che incide sui principi in misura incomparabilmente maggiore delle regole.

L'ipotesi va distinta dalla «civilizzazione delle aspettative» di cui ragiona Luhmann, quando funzionalizza i diritti fondamentali all'interiorizzazione e all'istituzionalizzazione dei modi di comunicare necessari in uno stato moderno⁽⁶⁰⁾. Egli oppone tale visione a una discussione sui diritti fondamentali in cui individuo e collettività compaiono «con interessi contrapposti invarianti»⁽⁶¹⁾, e nella più ampia prospettiva di una teoria delle differenziazioni dei sistemi sociali dove «Le condizioni della differenziabilità, nel cui ambito abbiamo discusso dei diritti fondamentali, prendono il posto che la filosofia del valore aveva invano tentato di occupare»⁽⁶²⁾. Il fatto è che il costituzionalismo contemporaneo ha da tempo superato la prospettiva atomistica dei diritti fondamentali, per evidenziar-

⁽⁶⁰⁾ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Dedalo, 2002, pp. 153 ss.

⁽⁶¹⁾ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 152.

⁽⁶²⁾ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 315.

ne, anche grazie alla visione haeberliana degli istituti, la dimensione relazionale, senza per ciò tradurre gli stessi diritti fondamentali in funzioni sistemiche.

9. *I due volti del costituzionalismo democratico.* – Quando si dice che gli istituti assolvono a compiti di regolazione e di stabilizzazione delle aspettative, non si toglie dunque nulla alla loro coimplicazione coi principi. Si può dire piuttosto che tale coimplicazione gioca diversamente a seconda della prospettiva da cui si guardi al rapporto fra i due volti del costituzionalismo democratico.

Ex parte populi, la garanzia dei diritti fondamentali nei confronti del potere politico e la legittimazione del suo esercizio attraverso i diritti politici fondamentali sono assicurate in vista di una massimizzazione delle possibilità di pretese e di apprendimenti, in corrispondenza all'assunto dell'«interno nesso di democrazia e stato di diritto»⁽⁶³⁾, e in modo da far valere la consustanzialità della democrazia e dell'uguale dignità delle persone⁽⁶⁴⁾. Corrispondentemente, gli istituti che adempiono alle funzioni di garanzia dei diritti fondamentali e di organizzazione del potere politico sono programmati in modo da fornire – anzitutto attraverso la differenziazione dei rispettivi procedimenti – le prestazioni necessarie al *magis ut valeat* di cui si è appena detto, scongiurando l'abbandono alle dinamiche brutali del caso per caso nella giurisprudenza e dei rapporti di forza in ambito politico.

Ex parte principis, i due volti del costituzionalismo democratico si traducono in istituzioni che stanno al contrario in un rapporto di reciproca tensione strutturale. Le diverse fonti di legittimazione del rispettivo potere, che *ex parte populi* si combinano nel modo e per la ragione cui si accennava, diventano qui motivo di contesta-

⁽⁶³⁾ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 221.

⁽⁶⁴⁾ G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità: riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, vol. V, Napoli, Jovene, 2009, p. 1997.

zione reciproca, dalla bickeliana «difficoltà contro-maggioritaria» alla toquevilliana «dittatura della maggioranza». E gli istituti servono a regolare, non a risolvere, i conseguenti conflitti, sia quando tendono a isolare le funzioni l'una dall'altra, sia quando le collegano, esprimendo al massimo grado quella sofisticazione del principio di separazione dei poteri che permea l'intero sistema.

Lo stesso istituto del conflitto di attribuzione fra poteri, con attribuzione a un organo indipendente del compito di dirimere quelle controversie, se introduce «un elemento di stabilizzazione e di coordinamento, specie nel lungo periodo, in seguito alla formazione ed al consolidamento di orientamenti giurisprudenziali precisi», rende pure «possibili conflitti che altrimenti non sorgerebbero ed aumenta l'incertezza delle aspettative di ciascuna parte, che dovrà tener presente, accanto al comportamento dell'avversario, anche il comportamento, non del tutto prevedibile, del terzo»⁽⁶⁵⁾.

Nemmeno la riserva alla Corte costituzionale dell'ultima parola si sottrae alla tensione strutturale di cui si è detto. L'affermazione che, per quanto in ogni bilanciamento si confrontino diverse visioni assiologiche, tra di esse è solo la Corte a scegliere, tanto da potersi qualificare «organo di chiusura del sistema»⁽⁶⁶⁾, sembra nascondere un *non sequitur*. La riserva dell'ultima parola esprime il massimo potere attribuito dall'ordinamento a un organo giurisdizionale, ma nello stesso tempo rimane circoscritta al caso: i due aspetti si tengono. Al massimo potere corrisponde la massima responsabilità, e sarebbe paradossale escludere proprio l'organo giurisdizionale costituzionalmente abilitato a dire l'ultima parola da ogni responsabilità che anima la discussione intorno all'interpretazione costituzionale. Infatti l'ultima parola non si riferisce all'interpretazione dell'enunciato testuale alla cui stregua il caso è stato deciso, e che non termina con quella decisione, tanto che la stessa

⁽⁶⁵⁾ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984, p. 257.

⁽⁶⁶⁾ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 66 s.

Corte può discostarsene in un caso successivo con la tecnica del *distinguishing*.

L'istituto dell'interpretazione autentica è non per caso estraneo al legislatore costituzionale come alla Corte; inoltre, da quando la giurisprudenza ha escluso di doversi arrestare all'autoqualificazione dell'atto, le stesse leggi ordinarie di interpretazione autentica non hanno più a che vedere con un'interpretazione assunta come vera, e perciò definitiva, in virtù dell'autorità da cui promanano. Se l'attribuzione alle corti del potere di dire l'ultima parola implicasse quello di interpretazione autentica, i giudici costituzionali assomiglierebbero a dei sommi sacerdoti che dall'alto di un tempio ci espongono la verità ufficiale sulla costituzione: sul piano epistemologico, sarebbe l'altra faccia di una predeterminazione costituzionale dei canoni di interpretazione mirante ad ascrivere un solo significato al testo e a suoi singoli enunciati. Il rifiuto di tutto questo connota in profondità il modo d'essere delle democrazie pluralistiche contemporanee. Una democrazia nella quale vi fosse una verità ufficiale e non revocabile su ciò che è stabilito in costituzione rinnegherebbe se stessa: in democrazia nessuno è investito del compito di stabilire una volta per tutte il significato della costituzione. In questo senso anche l'organo titolare dell'ultima parola è parte di un processo interpretativo sempre aperto. In questo senso si comprende perché il diritto per principi, che sarebbe impensabile in presenza di canoni predeterminati di interpretazione, non potrebbe d'altra parte svilupparsi all'ombra di un tempio popolato da sommi sacerdoti⁽⁶⁷⁾.

Il tutto per dire che gli istituti, se sono preordinati a far valere principi *ex parte populi* e a regolare conflitti *ex parte principis* attraverso la regolazione e la stabilizzazione delle aspettative, non sono per questo chiamati a chiudere il sistema dello Stato costituzionale.

⁽⁶⁷⁾ C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, a cura di D.M. Cananzi e R. Righi, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1092.

Questa parziale indeterminazione, che corrisponde sul versante organizzativo alle premesse delle società aperte, si è rivelata una forza, non una debolezza. Ha rifornito il sistema delle risorse di flessibilità necessarie e sufficienti ad assorbire tensioni distruttive, attraverso canalizzazioni e successivi aggiustamenti in via procedurale dei conflitti interistituzionali. Risorse, tuttavia, non solo non scontate, ma nemmeno insuscettibili di venire utilizzate in modo da portare a uno squilibrio strutturale fra l'elemento garantistico e l'elemento democratico, con un conseguente stravolgimento dei connotati dello Stato costituzionale.

10. *Il diritto per principi e la sua necessaria prospettiva diacronica.*

– Che la parziale indeterminazione sia una forza del sistema, potrà apparire affermazione controintuitiva fino a quando si continui a ragionare secondo lo schema di un sistema chiuso e autosufficiente di cui i principi segnerebbero il coronamento gerarchico. La parziale indeterminazione cessa di apparire un limite non appena si consideri il diritto per principi come fondamento di un ordine giuridico aperto e come tale mai del tutto compiuto. Il che non implica affatto che si estrinsechi soltanto nell'interpretazione costituzionale, e non abbia bisogno di altro che di se stesso per affermarsi. Il diritto per principi non è una costruzione gerarchica, ma nemmeno ieratica. Si estrinseca del pari nella deliberazione politica, senza che affermarlo significhi abbandonare la ricerca del dover essere con concessioni sotto banco all'effettività. E trova sostegno, consistenza, strutturazione, ma non determinazioni del proprio contenuto valutativo, in regole e istituti che vi si conformino. Questi non possono risolversi in retaggi di una tradizione positivista da rimuovere, nella misura in cui servono al diritto per principi senza per ciò rendere il sistema chiuso e autosufficiente.

La prospettiva, allora, non può che essere diacronica. Perché consente di cogliere, con le sue molteplici radici, le virtù trasformative del diritto per principi, e di distinguere principi, regole e istituti

nel loro funzionamento, riunificandone il significato nella più lunga dialettica fra stabilità e mutamento.